



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Servizio Penale

Relazione su novità normativa

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132, recante misure urgenti in materia di giustizia (legge 23 novembre 2021, n. 178)

Rel.: n. 67/2021

Roma, 2 dicembre 2021

SOMMARIO: 1. La conversione in legge, con modifiche, del d.l. n. 178 del 2021. – 2. La rilevanza per l'accertamento dei fatti. – 3. La natura autorizzatoria del decreto giudiziale. Conseguenze pratico-operative. – 4. Le espresse conseguenze patologiche: l'inutilizzabilità. – 5. Il regime transitorio. – 6. Il correttivo all'art. 267 cod. proc. pen.

1. La conversione in legge, con modifiche, del d.l. n. 132 del 2021.

Facendo seguito alla precedente **Relazione su novità normativa n. 55/2021** del 13 ottobre 2021 – di cui la presente costituisce aggiornamento – si segnala l'entrata in vigore, dal **30 novembre 2021**, della **legge 23 novembre 2021 n. 179**¹, di **conversione, con modificazioni, del decreto legge 30 settembre 2021, n. 132**, recante «**Misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP**»², entrato in vigore lo scorso 30 settembre.

Come già in precedenza esposto, l'art. 1 del d.l. in esame ha modificato – novellando l'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (d'ora in poi: "cod. pr.") – la disciplina procedurale sull'**acquisizione dei dati di traffico "esterno" telefonico e telematico a fini di indagine penale** (cd. "tabulati"), richiedendo sempre l'autorizzazione (o la convalida) del giudice³.

¹ Pubblicata in *Gazzetta ufficiale* n. 284 del 29 novembre 2021.

² Pubblicato in *Gazzetta ufficiale* n. 234 del 30 settembre 2021.

³ Cfr. **Relazione su novità normativa n. 55/2021** del 30 settembre 2021. In dottrina, per un commento a prima lettura dell'art. 1 d.l. n. 132 del 2021 si vedano: AMATO, *Nella "costruzione" normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, in *Guida dir.*, 2021, n. 39, pagg. 18 ss.; BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto legge 30 settembre 2021, n. 132*, in *www.questionegiustizia*, 5 ottobre 2021; FILIPPI, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *Penale Diritto e Procedura* (<www.penedp.it> del 1° ottobre 2021); MALACARNE, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del D.L. 30 settembre 2021, n. 132*, in *Sistema Penale* (<www.sistemapenale.it> dell'8 ottobre 2021); PARODI, *Tabulati telefonici e contrasti interpretativi in attesa di una nuova legge*, ne *Il penalista*, 25 maggio 2021; PESTELLI, *D.L. 132/2021: un discutibile e inutile aggravio di procedura per tabulati telefonici e telematici*, in *Quotidiano Giuridico* (<www.quotidianogiuridico.it> del 4 ottobre 2021); RESTA, *La nuova disciplina dell'acquisizione dei tabulati telematici*, *ibidem*, 4 ottobre 2021; RINALDINI, *La nuova disciplina del regime di acquisizione dei tabulati*

Nel corso dell'*iter* di conversione, il Parlamento ha apportato talune interpolazioni al testo originario – circoscritte ma significative – che, peraltro, sembrano intervenire *in toto* sui profili critici evidenziati in prima lettura da questo Ufficio con riferimento ai presupposti applicativi ovvero alla loro inosservanza.

È stato introdotto, altresì, un regime transitorio per i procedimenti pendenti al 30 settembre 2021 che deroga al principio del *tempus regit actum*.

Infine, con un intervento "cursorio" eccedente rispetto alla materia del *data retention*, ha altresì novellato l'art. 267, comma 1, cod. proc. pen. in punto di motivazione dei decreti di autorizzazione all'uso del captatore informatico (cd. *trojan*).

Di seguito si riporta il testo "a fronte" del provvedimento nella vigente versione "consolidata" del novellato art. 132 cod. pr., con le **modificazioni** apportate dalla legge di conversione indicate in **neretto**:

d.l. n. 132/2021	Modifiche apportate dalla legge n. 178 del 2021
Art. 1	Art. 1
<i>Disposizioni in materia di acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale</i>	<i>Disposizioni in materia di acquisizione dei dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale</i>
1. All'articolo 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 3 è sostituito dal seguente: «Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini , i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del giudice su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.	1. All'articolo 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 3 è sostituito dal seguente: «Entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, ove rilevanti per l'accertamento dei fatti , i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private.
3-bis. Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati.	3-bis. Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone la acquisizione dei dati con decreto motivato che è comunicato immediatamente, e comunque non oltre quarantotto ore, al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione in via ordinaria. Il giudice, nelle quarantotto ore successive, decide sulla convalida con decreto motivato.
3-ter. Rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma terzo, quarto e quinto periodo».	3-ter. Rispetto ai dati conservati per le finalità indicate al comma 1 i diritti di cui agli articoli da 12 a 22 del Regolamento possono essere esercitati con le modalità di cui all'articolo 2-undecies, comma terzo, quarto e quinto periodo.
	3-quater. I dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-bis non possono essere utilizzati».
	«1-bis. I dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico

telefonici e telematici: scenari e prospettive, in *Giurisprudenza penale web*, 2021, 10 (<www.giurisprudenzapenale.com> del 27 ottobre 2021); SPANGHER, *Data retention: svolta garantista ma occorre completare l'impianto*, in *Guida dir.*, 2021, n. 39, pagg. 11 ss.

	dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi.
	1-ter. Al terzo periodo del comma 1 dell'articolo 267 del codice di procedura penale, le parole: «indica le ragioni» sono sostituite dalle seguenti: «indica le specifiche ragioni».

Di seguito l'analisi dei soli profili procedurali che sono stati modificati dalla legge di conversione n. 178 del 2021.

2. La rilevanza per l'accertamento dei fatti.

Quanto ai presupposti applicativi per l'acquisizione – sotto il nuovo regime giurisdizionalizzato – dei dati di traffico telefonico e telematico, nella primigenia formulazione dell'art. 132, comma 3, cod. pr. il legislatore urgente aveva inteso attuare gli standard unionali della sentenza della Grande Camera *H.K.* relativi alla finalità della richiesta motivata di acquisizione⁴ annettendo il requisito della **rilevanza investigativa** («...ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini»).

Come si legge nella *Relazione* illustrativa al d.d.l. di conversione, tale previsione era “utile ad offrire un ulteriore contenuto concreto all'esigenza di limitare l'accesso ai dati ai soli casi in cui ciò sia giustificato da una valutazione di positiva utilità di quell'acquisizione per le indagini”, in questo modo imponendosi al giudice, “nell'ottica della proporzionalità richiesta dalla normativa unionale”, la verifica **in concreto** dell'effettiva necessità di un intervento acquisitorio, da escludere ove il materiale cercato non apparisse «rilevant[e] ai fini della prosecuzione delle indagini»⁵. Si è così “ritenuto corretto fissare un livello di verifica della pertinenza alle indagini (la rilevanza) che si colloca in una scala di gradazione inferiore rispetto a quello previsto per l'accesso alle intercettazioni telefoniche (di indispensabilità del mezzo), ma, tuttavia, utile ad offrire un ulteriore contenuto concreto all'esigenza di limitare l'accesso ai dati ai soli casi in cui ciò sia giustificato da una valutazione di positiva utilità di quell'acquisizione per le indagini”⁶.

Senonché, come segnalato nella precedente **Relazione n. 55/2021** (§ 5.1.2), la formula legislativa adottata («...ai fini della prosecuzione delle indagini») era troppo limitativa perché la necessità di acquisire i tabulati si può porre, anche se meno frequentemente, pure dopo l'esercizio dell'azione penale, davanti al giudice del dibattimento ovvero davanti a quello dell'udienza preliminare chiamato a definire il processo in sede di rito abbreviato condizionato⁷. E l'imprecisione era tanto più evidente considerando che il testo di legge, pur essendo stato costruito *in parte qua* avuto riguardo alla sola fase delle indagini preliminari, estendeva pur sempre la facoltà di richiesta al giudice anche al difensore dell'«*imputato*» [ipotesi rimasta invariata all'esito della legge di conversione] con attenzione, quindi, anche alla fase processuale successiva all'esercizio dell'azione penale⁸.

Per superare queste criticità, questo Ufficio, in linea con quanto suggerito dai primi commentatori, aveva proposto una lettura **estensiva** dell'espressione *de qua* che [ove non fosse stata corretta, come poi avvenuto] consentisse al giudice dibattimentale o dell'udienza preliminare chiamato a decidere su un'istanza acquisitiva di motivare favorevolmente il decreto avendo riguardo alle specifiche **esigenze probatorie** connesse alla contestazione mossa dal P.M.⁹.

⁴ In termini SPANGHER, *Data retention: svolta garantista*, cit., pag. 14.

⁵ Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, pag. 7 (enfasi aggiunta).

⁶ Camera dei deputati, XVIII Legislatura, A.C. 3298, *ibidem*.

⁷ E su tali ragioni probatorie dovrà ovviamente argomentare la richiesta delle parti volta a sollecitare l'acquisizione: ancora AMATO, *Nella “costruzione” normativa si è sminuito il ruolo del Pm*, cit., pag. 20.

⁸ In termini AMATO, *loc. ult. cit.* Cfr. altresì RINALDINI, op. cit., pag. 21.

⁹ Cfr. AMATO, *loc. ult. cit.*; PARODI, *Sottratto al P.M.*, *loc. ult. cit.*

Il Parlamento, in sede di conversione, espungendo il collegamento con le indagini, ha esattamente recepito quei suggerimenti dottrinari che si sono espressi, in immediata prospettiva *de iure condendo*, per una finalizzazione più neutra all'«*accertamento dei fatti*»¹⁰.

L'espressione «...*ove rilevanti per l'accertamento dei fatti*» che, in luogo della previgente, è stata ora definitivamente innestata nel comma 3 dell'art. 132 cod. pr., come esitato dalla l. n. 178 del 2021, è doppiamente apprezzabile perché:

- da un lato, elimina ogni dubbio in ordine alla possibilità – mai messa davvero in discussione neanche sotto nella precedente formulazione¹¹ – che la richiesta di tabulati del P.M. o l'analoga istanza del difensore possano essere proposte al giudice [che procede] anche dopo le indagini preliminari, in caso di indagini *integrative* del P.M. o, rispettivamente, di investigazioni difensive, le quali possono avvenire in ogni stato e grado del procedimento;

- dall'altro, elimina il rischio che l'acquisizione dei tabulati venga in concreto limitata ai casi in questi possano suffragare l'ipotesi accusatoria. Infatti, non sempre dati esterni di traffico telefonico e i *files di log* sono rilevanti per la «prosecuzione delle indagini», se intesa in senso stretto [come imponeva la primigenia formulazione], perché spesso possono essere anche più rilevanti per la verifica delle prospettazioni difensive, in ordine alla riferibilità di condotte – in caso di tabulati finalizzati alla *localizzazione* – di presenza in determinati luoghi (incompatibili – in tesi difensiva – col *locus commissi delicti*)¹².

Dal punto di vista contenutistico, la nuova formula è senz'altro più **ampia** della precedente¹³ (la quale vi resta ricompresa, nel senso che nel corso delle indagini preliminari, soprattutto nelle primissime fasi, la rilevanza «*per l'accertamento dei fatti*» potrà essere intesa, più restrittivamente, come rilevanza *ai fini della [immediata] prosecuzione delle indagini*: si pensi ad un tabulato utile per l'identificazione dell'autore del delitto di ricettazione di uno *smartphone*, la cui analisi può trarre nell'emissione di un decreto di perquisizione con sequestro del corpo del reato).

Quanto al contenuto del riscritto requisito *accertativo*, il positivo vaglio della sua *rilevanza* suppone una valutazione giudiziale in prospettiva dinamica, ossia in ordine alla **pertinenza** ovvero **proficuità/opportunità** dell'esame dei tabulati (non più ai soli fini di indagine ma più in generale) a fini accertativi; esso non va inteso, poi, in senso più restrittivo come nelle intercettazioni, con riguardo alla *necessità*¹⁴ o, addirittura, *indispensabilità* del mezzo.

Quanto, poi, allo standard motivazionale vale, *mutatis mutandis*, quanto già rassegnato nella precedente **Relazione n. 55/2021**: con specifico riferimento ai tabulati, è consolidato l'indirizzo che reputa soddisfatto l'obbligo di motivazione del provvedimento acquisitivo, anche con espressioni **sintetiche**, nelle quali si sottolinei la necessità dell'acquisizione a fini accertativi, in relazione al proseguimento delle indagini ovvero all'individuazione dei soggetti coinvolti nel reato, o si richiamino, con espressione indicativa della loro condivisione da parte dell'a.g., le ragioni esposte dalla p.g. (Sez. 1, n. 46086 del 26/9/2007, Toma, Rv. 238170-01; conf. Sez. 1, n. 37212 del 28/4/2014, Liuzzi e altri, Rv. 260589-01)¹⁵.

¹⁰ Così MALACARNE, *op. loc. cit.*; ANDOLINA, *La raccolta dei dati relativi alla localizzazione del cellulare ed al traffico telefonico tra inerzia legislativa e supplenza giurisprudenziale*, in *Archivio penale online* (<www.archiviopenale.it> del 17 dicembre 2020, pag. 13. Reputa opportuna tale formula anche RINALDINI, *op. cit.*, pag. 20.

¹¹ In tal senso FILIPPI, *loc. op. cit.*; cfr. altresì AMATO, *op. cit.*, pag. 20; SPANGHER, *op. cit.*, pag. 14; RINALDINI, *op. cit.*, pag. 21, la quale ricorda che la norma prevede espressamente la facoltà di proporre istanza di acquisizione dei tabulati in capo al difensore dell'imputato e dell'indagato.

¹² PARODI, *Sottratto al P.M.*, *loc. cit.*

¹³ È di questo avviso, da ultimo, anche PESTELLI, *Convertito in legge il D.L. 132/2021: le modifiche apportate (e quelle mancate) in materia di tabulati*, in *Quotidiano Giuridico* (<www.quotidianogiuridico.it> del 18 novembre 2021).

¹⁴ Come ha rilevato a prima lettura del d.l. PARODI, *loc. ult. cit.*, rispetto alle intercettazioni, «si è voluto in qualche modo ampliare il criterio di valutazione».

¹⁵ Va tuttavia ricordato che, in una occasione, è stato ritenuto abnorme il provvedimento col quale il g.i.p. rigetta le richieste del p.m. avanzate ai sensi dell'art. 132, comma 2, cod. pr. (*ratione temporis* applicabile) motivando in ordine alla mancanza di utilità dell'acquisizione ai fini dell'indagine: invero, l'unica valutazione demandata dalla legge al g.i.p. è quella riguardante il dato formale ed «esteriore» della sussistenza di sufficienti indizi in ordine ai delitti ipotizzati (in quel caso di criminalità organizzata), e non circa il merito della richiesta

3. La natura autorizzatoria del decreto giudiziale. Conseguenze pratico-operative.

La seconda modifica apportata dalla legge di conversione n. 178 del 2021 dipana ogni dubbio in ordine alla natura senz'altro **autorizzatoria** del provvedimento giudiziale in materia di accesso ai *data retention*, laddove al comma 3 dell'art. 132 cod. pr. si prevede ora, nel testo consolidato, che «*i dati sono acquisiti **previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato***».

Il Parlamento ha dunque rimosso l'asimmetria che, nel precedente testo approntato dal legislatore urgente – rimasto in vigore dal **30 settembre** al **29 novembre 2021** – affiorava dalla lettura combinata dei due commi, poiché:

- nel comma 3, disciplinante la procedura acquisitiva ordinaria, si alludeva ad un provvedimento di **acquisizione** [diretta] del giudice dei tabulati («*...i dati sono **acquisiti** presso il fornitore con **decreto motivato** del giudice su richiesta...*»: testo ante conversione);

- nel comma 3-*bis*, recante la procedura d'urgenza attivata dal p.m., si parlava invece di **autorizzazione** del giudice competente («*...al giudice competente per il rilascio dell'**autorizzazione in via ordinaria***»: testo ante e post conversione).

Come rilevato nella precedente **Relazione n. 55/2021** (§ 5), tale dicotomia era foriera di possibili incertezze ricostruttive in ordine alla **natura giuridica** dell'atto giudiziale ed al suo **contenuto dispositivo**, con conseguente affiorare di questioni:

- anzitutto dogmatico-classificatorie, perché, mentre il provvedimento di *acquisizione diretta* è assimilabile ad un *ordine*¹⁶ da impartirsi ai competenti gestori, ben diversa è l'*autorizzazione*¹⁷ ad altro soggetto (come prevista nell'art. 267, comma 1, cod. proc. pen.) affinché acquisisca i tabulati, che fa piuttosto pensare, in termini amministrativistici, alla "rimozione di un limite" legale ad un potere [nella specie in capo al p.m. o alle parti] *preesistente*.

- in secondo luogo, pratico-operative, perché se si fosse optato per la tesi – negata da questo Ufficio - dell'acquisizione diretta, al di là della teorica questione della competenza a provvedere alle spese di giustizia ove previste, l'**esecuzione** del provvedimento giudiziale avrebbe dovuto essere curata dalla cancelleria del giudice emittente (e non dalla segreteria del P.M. richiedente o dalla parte istante) mediante trasmissione, via pec, dello stesso decreto motivato (peraltro con conseguenti – quanto evidenti – rischi di fuga di notizie riservate, salvo l'apposizione di *omissis*).

In (precaria) vigenza del precedente testo legislativo, questo Ufficio – favorevole alla natura sempre *autorizzatoria* dell'atto – aveva proposto una possibile lettura esegetica operabile in seno al comma 3 assumendo la "neutralità" della [primigenia] formula normativa («*...i dati sono acquisiti...*»), nel senso che essa non descrivesse la natura dell'atto né fondasse poteri probatori diretti in capo al giudice, bensì si limitasse ad esprimere l'effetto (per l'appunto acquisitivo) del decreto motivato [da intendersi, implicitamente, «*di autorizzazione*»] del giudice; in questo senso aveva condiviso quell'opinione dottrinale secondo la quale l'espressione «*con decreto motivato*» avrebbe dovuto leggersi come «*sulla base di*»¹⁸.

Il puntuale correttivo infine apportato *in parte qua* dal legislatore – che ha "riallineato" il lessico del comma 3 («*...previa **autorizzazione rilasciata dal giudice**...*») a quello del successivo comma 3-*bis* («*...autorizzazione **in via ordinaria**...*»), sul punto rimasto invariato – supera questi provvisori rilievi, allora imposti dall'asimmetria

e i presupposti investigativi sui quali essa si basa (Sez. 4, n. 19278 del 25/1/2005, P.M. in proc. D'Amaro, Rv. 231540-01).

¹⁶ Secondo VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1997, pag. 18, l'ordine è l'atto con cui si impone ad un soggetto un determinato comportamento.

¹⁷ Nel diritto amministrativo, come noto, si definisce *autorizzazione* quell'atto con cui si rimuove un limite all'esercizio di una potestà da parte di un organo ovvero di una facoltà giuridica da parte di un privato: così, per tutti, VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 15. Sulla nozione amministrativistica di autorizzazione v. altresì GASPARRI, *Autorizzazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, pag. 509; ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino pag. 58; CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazione*, in *Dir. amm.*, 1993, pag. 95.

¹⁸ Per quest'ultimo rilievo BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico*, loc. cit., che pure propende, sia pure più succintamente, per lo schema autorizzatorio tipico.

formulazione legislativa, in ordine alla necessità di affermare – quantomeno in via esegetica – la natura autorizzatoria dell'atto giudiziale, oggi ormai indiscutibile.

L'odierna interpolazione è condivisibile nella misura in cui risponde all'esigenza di una *reductio ad unum* nel contesto della medesima fattispecie acquisitiva e, soprattutto, è sistematicamente conforme alle norme codicistiche in tema di intercettazioni (artt. 267 cod. proc. pen.) anche a fini di prevenzione (art. 226, commi 2, 3-*bis*, 4, disp. att. cod. proc. pen.: *autorizza*); infine, essa rimuove definitivamente l'idea di un giudice dotato di poteri acquisitivi diretti, seppur veicolati dalle parti, che si sarebbe posta in apparente contraddizione con la sua posizione ordinamentale e processuale¹⁹.

Quanto alle **conseguenze pratico-operative** – vale a dire se i tabulati possano (o addirittura *debbano*, come sembrava suggerire la formulazione originaria della norma) essere acquisiti direttamente presso il fornitore dei servizi mediante notifica del decreto autorizzativo del giudice oppure con un provvedimento *ad hoc* del P.M. (o del difensore) – deve ritenersi che, in larga parte, l'interpolazione operata dal Parlamento li abbia risolti²⁰.

Trattandosi di *autorizzazione, nulla questio* in ordine alla competenza della parte istante (*in primis* del P.M. ma anche del difensore) a curare la **materiale esecuzione in proprio** del provvedimento del giudice. Inoltre, la formulazione ellittica utilizzata dal legislatore in sede di conversione consente di ritenere come l'enunciato normativo relativo alla "richiesta" di acquisizione dei dati da parte dei soggetti ivi indicati regga sia la fase autorizzatoria (rivolta al giudice), sia la successiva fase esecutiva (rivolta al fornitore dei servizi): in entrambi i casi può dirsi invero che i dati sono acquisiti «su richiesta» dei soggetti indicati²¹.

Circa il *quomodo* in cui la parte richiedente (pubblica o privata) dovrà d'ora in poi provvedere a tale acquisizione – vale a dire se debba o meno procedere a notificare al gestore dei servizi di telecomunicazione, in forma integrale o eventualmente "omissata", anche il decreto autorizzativo del giudice – onde evitare il disvelamento di dati riservati o notizie segretate (quali i nominativi degli indagati, l'oggetto delle investigazioni e le motivazioni espresse sulla rilevanza indiziaria), deve accedersi ad un'interpretazione ortopedico-sistematica che attinga alla finitima materia delle intercettazioni, ove – senza ostensione del decreto giudiziale – si rimette ad un **decreto esecutivo** del P.M. l'indicazione delle "modalità" concrete delle operazioni tecniche (e che, solitamente, vede redigere tale decreto in maniera sintetica dal P.M., cui segue una lettera accompagnatoria indirizzata ai gestori dei servizi di telefonia, con cui si informano i predetti della mera esistenza del decreto autorizzativo del giudice e si richiede agli stessi di provvedere ad approntare le attività tecniche necessarie a darvi esecuzione)²².

Dunque, sul modello del decreto esecutivo di cui all'art. 267, comma 3, cod. proc. pen., il P.M. (ovvero il difensore istante), ottenuta – anche a mezzo TIAP – l'autorizzazione all'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico, trasmetterà a mezzo pec ai competenti gestori (soltanto) il proprio **provvedimento**, corredato di eventuale missiva, ove menzionerà, sotto la propria responsabilità²³, l'intervenuta autorizzazione del giudice.

"

4. Le espresse conseguenze patologiche: l'inutilizzabilità.

Nella primigenia versione del d.l. n. 132 del 2021, il comma 3 dell'art. 132 cod. pr., nulla prevedeva in ordine alla "**patologia**" derivante dal mancato rispetto dei (nuovi) presupposti legittimanti l'acquisizione dei tabulati (ossia la sussistenza di sufficienti indizi di reati puniti con pena non inferiore a tre anni, ovvero dei reati di minaccia o

¹⁹ Per quest'ultimo rilievo, cfr. BATTARINO, *Acquisizione di dati di traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale: il decreto-legge 30 settembre 2021 n. 132*, cit.

²⁰ Come ricorda PESTELLI, *Convertito in legge, loc. cit.* la questione non era di poco momento, giacché la notifica in forma *integrale* del decreto autorizzativo emesso dal G.I.P. al fornitore dei servizi telefonici e telematici, comprensivo dei nominativi degli indagati e dell'oggetto delle investigazioni nonché delle motivazioni espresse dal giudice ai fini dell'autorizzazione, rischia evidentemente di disvelare, a soggetti che non ne hanno titolo, il contenuto delle attività investigative.

²¹ In termini PESTELLI, *Convertito in legge, loc. cit.*

²² PESTELLI, *loc. ult. cit.*

²³ Penale e disciplinare, configurabile in caso di non veridicità di tale attestazione e di illegittimità dell'acquisizione: così PESTELLI, *loc. ult. cit.*

molestia gravi, la rilevanza dei dati ai fini – allora si prevedeva, come detto – della prosecuzione delle indagini; il decreto motivato del giudice su richiesta del P.M. o su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private).

La sanzione dell'inutilizzabilità, infatti, era espressamente contemplata solamente nell'ultimo periodo del comma 3-*bis* [ora espunto in sede di conversione], in riferimento alla (sola) procedura d'urgenza, quale conseguenza della mancata (o dell'intempestiva) convalida da parte del giudice («*Se il decreto del pubblico ministero non è convalidato nel termine stabilito, i dati acquisiti non possono essere utilizzati*»).

In questo assetto provvisoriamente approntato dall'esecutivo, nella precedente **Relazione n. 55/2021** questo Ufficio – che pure aveva auspicato un correttivo in sede di conversione del d.l. onde “evitare dubbi ermeneutici tali da ridimensionare grandemente la portata della riforma”²⁴ – aveva espresso l'opinione che l'intervento legislativo sarebbe stato, di fatto, *inutiliter* dato se i nuovi stringenti requisiti procedurali introdotti proprio al fine di corrispondere ai rilievi della sentenza *H.K.* non avessero trovato alcuna conseguenza patologica in punto di (in)utilizzabilità probatoria dei *data retention*. Aveva quindi proposto – in via ermeneutica – di colmare il vuoto legislativo annettendo al [primigenio] comma 3, nell'ambito di un necessario coordinamento sistematico, la medesima conseguenza patologica espressamente prevista dal legislatore urgente solo al successivo comma 3-*bis* per l'ipotesi della mancata (o intempestiva) convalida.

Con la legge di conversione n. 178 del 2021 il Parlamento ha posto definitivo rimedio a tale *deficit* estendendo *per tabulas* il meccanismo invalidante a tutte le ipotesi di acquisizione dei dati avvenute in violazione della nuova normativa²⁵. Il legislatore ha operato un duplice intervento coordinato:

- da un lato, ha eliminato il succitato ultimo periodo del comma 3-*bis*;
- dall'altro, ne ha trasfuso il contenuto in punto di inutilizzabilità nell'**inedito comma 3-quater** appositamente innestato, ai sensi del quale «***I dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-bis non possono essere utilizzati***».

Il compiuto riferimento ad entrambi i commi 3 e 3-*bis* generalizza, rispetto ad entrambe le procedure – ordinaria e d'urgenza – le conseguenze patologiche, sicché, d'ora in poi, il mancato rispetto dei riferiti presupposti e dei contenuti del provvedimento giudiziale di acquisizione dei tabulati configura senz'altro un “**divieto probatorio sanzionato con l'inutilizzabilità**”²⁶.

5. Il regime transitorio.

Il d.l. n. 132 del 2021, nella versione definitivamente pubblicata in *Gazzetta*, non prevedeva alcuna disciplina transitoria relativa ai dati di traffico telefonico, telematico e alle chiamate senza risposta già acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del provvedimento, cioè al 30 settembre 2021.

Dovendosi dare immediata risposta alle complesse questioni di diritto **intertemporale** connesse all'utilizzabilità (ovvero all'eccepita inutilizzabilità in sede di ricorso per cassazione) dei *data retention* acquisiti precedentemente e – giocoforza – al di fuori delle condizioni fissate dalla novella legislativa, questo Ufficio nella precedente **Relazione n. 55/2021** (§ 7 ss.), si era espresso, in principalità, per l'applicazione del generale principio *tempus regit actum* (§ 7.1), argomentando in ragione della natura senz'altro **processuale** della riformata disciplina, applicabile solo *pro futuro* alle richieste di acquisizione successive al 30 settembre 2021, con esclusione – in assenza di disciplina transitoria appositamente prevista ed in base ai principi generali – di ogni ipotesi di retroattività; aveva, altresì, rappresentato, in subordine, altre possibili soluzioni (sopravvenuta inutilizzabilità dei tabulati acquisiti nel precedente regime § 7.2; la rinnovazione dell'acquisizione alla luce della nuova disciplina § 7.2.1; l'ipotesi del rinvio pregiudiziale alla CGUE § 7.3).

²⁴ Cfr. Relazione n. 55/2021, § 5.4, pag. 30.

²⁵ PESTELLI, *loc. ult. cit.*

²⁶ Così, rispetto all'originario testo recato dall'art. 1 del d.l. n. 132 del 2021, ma senza particolari argomentazioni, SPANGHER, *op. cit.*, pag. 14.

Il Parlamento, nell'ambito della propria discrezionalità legislativa (insindacabile salvo il limite dell'irragionevolezza), ha introdotto un **regime transitorio ad hoc** affatto diverso rispetto a quello abbozzato dall'esecutivo nella prima versione del d.l. (ove si prevedeva una sorta di procedura di convalida *a posteriori* da parte del giudice del dibattimento ovvero delle indagini preliminari sulla base dei medesimi presupposti previsti dal riscritto art. 132 cod. pr.: vedi art. 2 del d.l. nel testo "in entrata" al Consiglio dei ministri del 29 settembre 2021²⁷).

La disciplina intertemporale di nuovo conio – che non è stata inserita nel corpo dell'art. 132 cod. pr., ma, essendo "ad esaurimento", è "esternalizzata" in seno al comma 1-*bis* aggiunto dalla l. n. 178 del 2021 all'art. 1 del d.l. n. 132 cit.²⁸ – prevede che «*[i] dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere **utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova** ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi*».

Alla generalizzata utilizzabilità dei dati di traffico già acquisiti (con decreto del P.M.) nei procedimenti pendenti al 30 settembre 2021, quale sarebbe derivata dall'applicazione del principio del *tempus regit actum* (ovvero dalla sua pura recezione legislativa), il novellatore ha apposto due significative **deroghe**:

- da un lato, ha previsto la loro utilizzabilità «**solo unitamente ad altri elementi di prova**», con ciò trasferendo alla *subiecta materia* lo stesso percorso valutativo che deve seguire il giudice, alla stregua dell'art. 192, comma 3, cod. proc. pen., dinanzi ad una chiamata in correità²⁹. Si esigono, dunque, i cd. **riscontri (estrinseci)**, che – come noto – non devono necessariamente consistere in una prova "distinta ed autonoma di colpevolezza", ma possono essere di qualsiasi natura, sia rappresentativi che logici, purché dotati di consistenza tale da resistere agli elementi contrari dedotti dall'imputato (così già Sez. 5, n. 9001 del 15/6/2000, Madonia ed altri, Rv. 217728-01; da ultimo, v. Sez. 2, n. 35923 del 11/7/2019, P.G. c. Campo, Rv. 276744-01). Senonché, a ben vedere, la richiesta della *corroboration* è testualmente ancorata alla sola utilizzabilità «**a carico**» dell'imputato non anche «**a favore**» dello stesso: ipotesi quest'ultima in cui, stando alla *littera legis* e ragionando *a contrario*, sembrerebbe legittimo – e financo ragionevole – predicare l'autosufficienza del solo dato di traffico esterno come prova liberatoria³⁰;

²⁷ Cfr. *Guida al diritto*, 2021, n. 39, pag. 13 che riporta il testo del primigenio art. 2 della bozza di d.l., poi espunto nella versione definitiva: «Art. 2. (Disposizione transitoria in materia di modifiche alla disciplina dell'acquisizione dei dati per fini di indagine penale) - 1. I dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto possono essere utilizzati, quando l'acquisizione è stata disposta dall'autorità giudiziaria, se ricorrono i presupposti previsti dall'articolo 132, comma 3, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, così come modificato dall'articolo 1 del presente decreto.

2. Ai fini di cui al comma 1, nella prima udienza successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto, il giudice, sentito le parti, provvede con ordinanza alla convalida del provvedimento di acquisizione dei dati. Nei procedimenti in cui l'azione penale non è stata esercitata, alla verifica procede, anche di ufficio, il giudice per le indagini preliminari all'atto dell'adozione del primo provvedimento successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto che è presupponga la valutazione dei dati di cui al comma 1».

²⁸ Reputa censurabile, sotto il profilo della tecnica legislativa, tale scelta, "che renderebbe più difficoltosa la conoscenza e la lettura dei precetti normativi", PESTELLI, *Convertito in legge, loc. cit.*

²⁹ In senso critico, a prima lettura, PESTELLI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui "non v'è chi non veda come il requisito della necessaria utilizzabilità dei dati acquisiti in precedenza «solo unitamente ad altri elementi di prova» rappresenti una formula di stile del tutto vacua ed inutile, sia perché essa non aggiunge né toglie alcunché agli ordinari criteri valutativi della prova – atteso che, notoriamente, i dati dei tabulati nulla dicono, di per sé, circa i fatti oggetto di giudizio, necessitando essi di una loro valutazione complessiva unitamente agli altri elementi probatori acquisiti, al fine di poterne apprezzare la portata dimostrativa – sia perché è evidente che il vero criterio di 'selezione' e di 'sbarramento' dei risultati dell'attività di indagine sia in ultima analisi quello dei limiti edittali o della tipologia delle previsioni criminose per cui si procede".

³⁰ Sempre che, naturalmente, sia dimostrata *aliunde* – o non sia contestata – l'effettiva appartenenza dell'apparecchio telefonico (il cui dato di traffico sia stato oggetto di tabulato) alla persona dell'indagato ovvero dell'imputato.

- dall'altro, nel rispetto del superiore principio di **proporzionalità** affermato dalla giurisprudenza unionale da ultimo con la sentenza *H.K.*³¹, ha selezionato la classe di procedimenti per i quali è giustificato (ora per allora) l'accesso (già avvenuto) ai dati contenuti nei tabulati (già acquisiti), dando applicazione **retroattiva** al catalogo dei reati-presupposto "gravi" valevole *a regime* ai sensi del novello art. 132, comma 3, cod. pr.³²

Quanto all'esclusivo riferimento alla persona dell'*imputato* e non già anche all'*indagato*, in forza della clausola estensiva dell'art. 61 cod. proc. pen., si ritiene che la previsione intertemporale possa senz'altro applicarsi anche al secondo, trattandosi di estensione ricavabile in via sistematica e, soprattutto, *in bonam partem*³³.

6. Il correttivo all'art. 267 cod. proc. pen.

La legge di conversione reca un'ulteriore modifica – eccentrica, *ratione materiae*, rispetto all'originario perimetro dell'art. 1 del decreto – relativa alla disciplina codicistica dell'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivi elettronici portatili (cd. *trojan*).

L'interpolazione è contenuta nel nuovo **comma 1-ter** dell'art. 1 del d.l. n. 132, come introdotto dalla l. n. 178 del 2021, ove si stabilisce che il decreto autorizzativo del giudice debba indicare (non più semplicemente le «ragioni», bensì) le «**specifiche ragioni**» che rendono necessaria tale modalità intercettiva per lo svolgimento delle indagini.

La novella – criticata a prima lettura dalla dottrina per la sua pretesa inutilità³⁴ – va letta, piuttosto, in termini di un rafforzato obbligo motivazionale idoneo a supportare uno strumento di indagine così invasivo, ossia in termini di stringente "necessità" del suo utilizzo. D'ora in poi – trattasi, infatti, di **norma processuale**, applicabile ai decreti autorizzativi successivi al 30 novembre 2021 – la nuova disciplina sulla rafforzata motivazione per installare un virus *trojan* impone al giudice di indicare quali sono, nel caso di specie, le *specifiche* necessità di far ricorso all'intercettazione tramite *trojan* ovvero di motivare sull'impossibilità che agli stessi risultati possa giungersi con le tradizionali e meno intrusive intercettazioni telefoniche o ambientali; conseguentemente, sarebbe motivo di censura, ricorribile per cassazione, una motivazione stereotipata e generica che nei decreti genetici (ovvero in quelli di proroga, sui quali è ammessa, però, una minore specificità: cfr. tra le tante, Sez. 4, n. 16430 del 19/3/2015, Caratozzolo, Rv. 263401-01; Sez. 6, n. 22524 del 1/7/2020, Bertoldi, Rv. 279564-01), non faccia puntuale ed analitico riferimento alla preferenza accordata alla captazione intrusiva tramite *trojan* ed all'assoluta indispensabilità di tale strumento informatico avuto riguardo alle contestazioni per cui si procede (in materia di utilizzo del captatore v., da ultimo, Sez. 6, n. 10080 del 1/12/2020, Di Stefano, Rv. 28719-01; Sez. 5, n. 35010 del 30/9/2020, Monaco, Rv. 280398-01).

Il redattore: Aldo Natalini

Il Vice Direttore
Gastone Andreazza

Il Direttore
Maria Acierno

³¹ «...conformemente al principio di **proporzionalità**, soltanto la lotta contro le forme gravi di criminalità e la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare **ingerenze gravi** nei diritti fondamentali sanciti dagli articoli 7 e 8 della Carta»: CGUE, Grande Camera, 2/3/2021, *H.K.*, causa C-746/18, § 33.

³² Esprime forti perplessità soprattutto per la disciplina processuale retroattiva, PESTELLI, *op. loc. ult. cit.*, introdotta – sostiene l'A. – "in violazione del principio del *tempus regit actum*, che va a regolare "ora per allora" attività di indagine compiute sotto la vigenza di altri presupposti, inficiandone così irrimediabilmente l'utilizzabilità, in modo del tutto incongruo rispetto ai principi generali e alle esigenze di tutela della collettività".

³³ Così anche PESTELLI, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ PESTELLI, *loc. ult. cit.*, secondo cui si tratta "a ben vedere di una modifica di mero stile, che in nulla innova il quadro normativo previgente, dato che i provvedimenti autorizzativi giudiziari si connotano sempre per la loro consueta analiticità e diffusività, che si accentua ancor più proprio in una materia così delicata quale quella del captatore informatico".

Allegato: estratto G.U. n. 284 del 2021

LEGGE 23 novembre 2021, n. 178

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132 recante misure urgenti in materia di giustizia e di difesa, nonché proroghe in tema di referendum, assegno temporaneo e IRAP (G.U. n. 284 del 29 novembre 2021)

Allegato

**MODIFICAZIONI APPORTATE IN SEDE DI CONVERSIONE
al decreto-legge 30 settembre 2021, n. 132**

All'articolo 1:

al comma 1:

alla lettera a), capoverso 3, le parole: «*ai fini della prosecuzione delle indagini*» sono sostituite dalle seguenti: «*per l'accertamento dei fatti*» e le parole: «*presso il fornitore con decreto motivato del giudice*» sono sostituite dalle seguenti: «*previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato,*»;

alla lettera b):

al capoverso 3-bis, il terzo periodo è soppresso;

dopo il capoverso 3-ter è aggiunto il seguente:

«3-quater. I dati acquisiti in violazione delle disposizioni dei commi 3 e 3-bis non possono essere utilizzati»;

dopo il comma 1 sono aggiunti i seguenti:

«1-bis. I dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi.

1-ter. Al terzo periodo del comma 1 dell'articolo 267 del codice di procedura penale, le parole: "*indica le ragioni*" sono sostituite dalle seguenti: "*indica le specifiche ragioni*"».